

CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA*

Michael Kubiciel**

Resumen: La entrada en vigencia del Tratado de Lisboa le ofrece a la ciencia del Derecho penal la oportunidad de retomar algunos problemas que han sido descuidados por largo tiempo. Ella no debería concentrarse tanto en la discusión sobre la legitimación democrática de la Unión Europea o en el análisis de las normas de competencia, sino que más bien debería determinar con qué finalidad se pueden emplear las competencias. La necesaria racionalización de la política criminal europea requiere un debate sobre los fines de la pena. Dicho debate se puede basar en las teorías preventivas y retributivas que fueron elaboradas y discutidas en toda Europa desde el siglo XVII.

Palabras clave: Derecho penal europeo; Teoría del Derecho penal; Armonización del Derecho penal; Política criminal; Unión Europea; Tratado de Lisboa.

* Título original “Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik”, publicado en ZIS 2010, pp. 742 y ss. Se publica con las autorizaciones respectivas. Traducción de HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ, LL.M. (Regensburg), doctorando en Derecho de la Universidad de Regensburg (Alemania). Correo-e: Hernan-Dario.Orozco-Lopez@stud.uni-regensburg.de. Fecha de recepción: 30 de octubre de 2013. Fecha de modificación: 5 de noviembre de 2013. Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: KUBICIEL, MICHAEL. “Ciencia del Derecho penal y política criminal europea”, HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (Trad.), en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 29-42.

** Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho penal comparado de la Universidad de Colonia. Correo-e: m.kubiciel@uni-koeln.de.

CRIMINAL LAW THEORY AND EUROPEAN CRIMINAL POLICY

Abstract: The Treaty of Lisbon offers the opportunity for criminal jurisprudence to concentrate on an issue, which has been neglected for too long: criminal law theory. Instead of bemoaning the democratic deficiency of the European Union or concentrating on the articles giving competences, jurisprudence must encourage a rational European criminal policy. A rational criminal policy is unthinkable without debating the purposes of punishment. This debate can be founded on the preventive and retributive theories, which have been elaborated and discussed in Europe since the 17th century.

Keywords: European Criminal Law, Criminal Law Theory, Harmonization of Criminal Law, Criminal Policy, European Union, Lisbon-Treaty.

I. EL DERECHO PENAL: DE ESPEJO DE LA SOCIEDAD A INSTRUMENTO INTERCULTURAL

El Derecho penal es la espada más afilada en el arsenal del Derecho. Su empleo solo es legítimo si el autor ha lesionado un derecho que también le proporciona libertad a él. El Derecho garantiza libertad al interior de fronteras políticas y culturales. El Derecho penal pertenece por lo tanto al núcleo de la soberanía estatal¹; sus tipos reflejan el “lado oscuro de la vida en sociedad”².

Hace algunas décadas, la ciencia penal alemana habría descrito su objeto de esa manera o de forma similar. Sin embargo, dicha concepción parece haber pasado de moda a comienzos del siglo XXI. Por ejemplo, la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos investiga empresas alemanas por prácticas corruptas en Rusia y numerosos convenios internacionales reclaman la creación de tipos penales en los ámbitos del Derecho penal económico y del medio ambiente, así como tipos penales para combatir el narcotráfico, la trata de personas y muchos otros sectores de la criminalidad. Dichos ejemplos muestran que el Derecho penal supera cada vez más las fronteras políticas y culturales; él se ha convertido en algunos ámbitos en un instrumento transnacional e intercultural.

Esto aplica de manera especial para aquella parte de Europa que se ha propuesto la superación de las fronteras políticas y aspira a una “unión cada vez más estrecha en-

1 Al respecto, *Dannecker*, en Roxin/Widmaier (eds.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, p. 339 (p. 340).

2 Así WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 3. ed., 1954, p. 199. Véase también HASSEMER/NEUMANN, en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. ed., 2010, previo al § 1 nm. 316 y ss.; T. WALTER, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. ed., 2007, previo al § 13 nm. 4, 17; WEIGEND, en *Leipziger Kommentar*, Introducción nm. 51.

tre los pueblos de Europa”³. Para la Unión Europea (UE), el Derecho penal –en las últimas dos décadas– ha dejado de ser un aspecto secundario y se ha convertido en elemento central de la política de integración europea⁴. Puesto que el Derecho penal europeo ha sido desarrollado en parte sobre la base de fundamentos jurídicos dudosos, en los últimos años la ciencia jurídica se ha ocupado detenidamente del alcance de las competencias en materia penal del legislador europeo. Por el contrario, solo se ha analizado de manera esporádica una cuestión bastante relevante: ¿Con qué finalidad deben ser implementadas dichas competencias?⁵ En relación con esta cuestión, las iniciativas político-criminales de Bruselas habrían ofrecido un motivo suficiente para un debate mucho más profundo: las decisiones marco y las directivas europeas siguen con frecuencia el modelo de legislación simbólica o sirven simplemente para ampliar las competencias⁶. La Unión Europea fundamenta ocasionalmente sus proyectos de armonización a través de un dudoso objetivo, según el cual el castigo uniforme debería generar un “sentimiento de justicia” común en los ciudadanos⁷, así como en los jueces y fiscales⁸.

El Tratado de Lisboa, que entró en vigencia el 1.º de diciembre de 2009, establece las competencias de la Unión Europea en el ámbito del Derecho penal, precisa los fundamentos jurídicos y permite la ampliación de los ámbitos de acción. La Comisión Europea ya ha indicado que tiene la intención de utilizar ese “marco jurídico claro” con “mayor ambición” y “determinación”⁹. La ciencia penal debe tener en cuenta estas nuevas condiciones específicas. Ella no puede seguir razonando sobre el “si”

3 Así Art. 1 TUE en la versión del 9.5.2008, Diario Oficial de la Unión Europea C 115/13.

4 Sobre esta evolución véase PERRON, en DÖRR/DREHER (eds.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, 1997, p. 138; el mismo, en HETTINGER et al. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 429; PRITZWITZ, *ZStW* 113 (2001), p. 774; ZÖLLER, *ZIS* 2009, p. 340. Sobre el estado actual véase *Satzger zIS* 2010, p. 691, (p. 692).

5 Sobre esta pregunta, BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, 2003, pp. 65 y ss., 207 y ss., 428 y ss.; FRISCH, *GA* 2007, p. 251 (pp. 265 y ss.); KÖHLER, en BEMMANN et al. (eds.), *Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat*, *Festschrift für G. A. Mangakis*, p. 701; KUBICIEL, *NSTZ* 2007, p. 136; SATZGER, *NK* 2007, p. 93 (p. 97).

6 SATZGER, *NK* 2007, p. 93 (p. 95 y s.); véase también SCHÜNEMANN, en JOERDEN et al. (eds.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft: Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, 2009, p. 109.

7 Cfr. *Comisión Europea*, Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, COM(2004)334 final, p. 10; MEYER, *NSTZ* 2010, p. 657, p. 662; SIEBER, *ZStW* 103 (1991), p. 957, p. 976. De manera crítica, ESER, en BMJ (ed.), *Rechtsraum Europa*, 2002, p. 53, pp. 72 y s.; FRISCH, *GA* 2007, p. 250 (p. 265); VOGEL, *GA* 2003, p. 314 (p. 317); WEIGEND, en PARMAS et al. (eds.), *Nullum ius sine scientia*. *Festschrift für J. Sootak zum 60. Geburtstag*, 2008, p. 243 (pp. 251 y s.).

8 Así *Consejo de la Unión Europea*, El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano (17024/09, p. 28).

9 Véase la comunicación de la Comisión Europea, Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos de 20.4.2010, COM(2010) 171 final, pp. 3, 5.

de la europeización del Derecho penal, pues esta batalla ya fue librada hace tiempo¹⁰; tampoco puede limitarse al análisis de las normas sobre competencia. Por el contrario, ahora más que nunca es necesario proponerse una racionalización de la política criminal europea mediante el desarrollo de criterios que puedan reclamar validez para la legislación europea¹¹.

El presente artículo se acerca a esos posibles criterios, en dos pasos. En primer lugar, se señalarán las competencias que ofrece el Tratado de Lisboa en materia penal y acto seguido se mostrará como ha utilizado y utilizará dichas competencias la Comisión Europea; dicho con otras palabras, se analizará el Derecho penal europeo *en el papel* y el Derecho penal europeo *en acción*. En segundo lugar, se presentará el Derecho penal europeo *como Derecho* y se estudiarán los criterios que el legislador europeo debe observar para que él cree Derecho y no utilice simplemente un instrumento de la política. Allí se mostrará que la concepción tradicional del Derecho penal descrita antes, según la cual el Derecho penal es el reflejo de una sociedad nacional, también tiene validez en el siglo XXI.

II. DERECHO PENAL EUROPEO COMO INSTRUMENTO: COMPETENCIAS Y PROPÓSITOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL MATERIAL

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹² (en adelante, TFUE) contiene preceptos para la armonización en materia procesal penal y adicionalmente dos clases de reglas sobre la *unionización* del Derecho penal material: preceptos sobre la creación de Derecho penal supranacional y preceptos sobre la armonización de los tipos penales nacionales¹³.

El artículo 325.4 TFUE es, según la opinión mayoritaria, un precepto que contiene la competencia para la creación de tipos penales supranacionales¹⁴. Dicho artículo autoriza adoptar medidas para la “prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión”, incluyendo prohibiciones de carácter penal¹⁵. Dicho precepto

10 Ello ya fue detectado claramente por VOGEL GA 2002, p. 517 (p. 518).

11 Ello constituye también la finalidad de la *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, p. 697; al respecto, SATZGER, ZIS 2009, p. 691; el mismo, ZRP 2010, p. 137.

12 Diario Oficial de la Unión Europea de 9.5.2008, Nr. C 115/47.

13 Sobre esa diferenciación, ambos, Internationales Strafrecht, 2. ed., 2008, § 9 nm. 13; HECKER, Europäisches Strafrecht, 3. ed., 2010, § 4 nm. 50 y ss.; SATZGER, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. ed., 2010, § 7 nm. 8.

14 Sobre el art. 33.2 TFUE, el cual permitiría un Derecho penal supranacional en el ámbito aduanero, véase SATZGER (nota 13), § 8 nm. 24 y s.

15 HECKER, iurratio 2009, p. 81 (p. 85); SATZGER (nota 13), § 8 nm. 24 y s.; ZIESCHANG, en DANNECKER et al. (eds.), Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, p. 1303 (pp. 1309, 1313); así

es visto con frecuencia como la irrupción de un “verdadero” Derecho penal europeo¹⁶. Sin embargo, su campo de aplicación es reducido y su potencial interpretativo, limitado. Los preceptos más relevantes son en realidad los atinentes a la armonización del Derecho penal nacional. Dichas regulaciones se encuentran en el artículo 83 TFUE.

Según el artículo 83.1.2 TFUE, la Unión Europea puede imponerles a los Estados miembros parámetros relativos a la determinación de las conductas delictivas y las penas en determinados ámbitos delictivos. El artículo 83.1.3 TFUE contempla además la posibilidad de ampliar el ámbito de actuación político-criminal de la Unión Europea; no obstante, para ello se requiere el cumplimiento de un requisito bastante estricto que consiste en que el Consejo se pronuncie por unanimidad¹⁷. Pero en todo caso, los ámbitos delictivos enunciados en el TFUE le ofrecen a la Unión Europea un amplio ámbito de actuación. Puesto que el Tratado no señala tipos penales concretos, sino que simplemente utiliza conceptos criminológicos, la Unión Europea tiene la posibilidad de armonizar todo tipo penal que pueda aportar a la lucha en contra de las formas de criminalidad allí mencionadas. Igualmente ambicioso es el programa de trabajo que anunciaron hace poco el Consejo y la Comisión. Ya han sido formuladas o, por lo menos, anunciadas las directivas para armonizar la lucha contra el abuso sexual de menores, la trata de personas, la criminalidad medioambiental, la violación de sistemas informáticos y de la propiedad intelectual, el lavado de activos, la corrupción, el tráfico de armas y la piratería¹⁸.

En el futuro podría incluso aumentar la actividad armonizadora, sobre todo si se observa la política criminal desarrollada hasta este momento, la cual está caracterizada por tres aspectos específicos. En primer lugar, las políticas legislativas de la Unión Europea están impulsadas –aunque solo sea en un segundo plano– por el interés de utilizar en la mayor medida sus competencias, para así fortalecer su posición frente a los Estados miembros. En segundo lugar, a la hora de fundamentar sus iniciativas político-criminales, la Unión Europea se contenta con indicar que la criminalidad trasnacional tendría que ser combatida con la ayuda del efecto disuasorio del Derecho penal¹⁹. En tercer lugar, La Unión Europea no se encarga de probar el crecimiento de

también (en lo referente al Tratado Constitucional) CALLIESS, ZEuS 2008, 3 (p. 37); TIEDEMANN, ZStW 116 (2004), p. 945 (p. 955); T. WALTER ZStW 117 (2005), p. 913 (pp. 917 y s.); WEIGEND, ZStW 116 (2004), p. 276 (p. 288).

16 CALLIESS, ZEuS 2008, 3 (p. 37); FROMM, StraFo 2008, p. 358 (p. 365); ROSENAU, en SCHMIDT (ed.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien, Bd. 3, Rechtliche Steuerung von Wirtschaftsprozessen, 2007, p. 257 (p. 260).

17 Por lo tanto, dicho precepto no contempla una “competencia de la competencia”; de manera acertada, SUHR, ZEuS 2008, p. 45 (p. 66).

18 Al respecto *Beukelmann*, NJW 2010, p. 2081; *Brodowski*, ZIS 2010, p. 376.

19 Sobre la tendencia punitiva, HEFENDEHL, en SCHÜNEMANN (ed.), Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, pp. 212 y s.; PRITTWITZ, ZStW 113 (2001), p. 774 (pp. 797 y s.); SCHEFFLER, en: FELTES et al. (eds.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor

la criminalidad trasnacional. También se afirma con frecuencia que existen supuestos vacíos de punibilidad en el Derecho nacional, pero solo de forma esporádica son señalados de manera concreta²⁰. El legislador europeo ha elegido, por lo tanto, una estrategia de fundamentación que posibilita la criminalización en casi cualquier evento y que se *impermeabiliza* a la crítica, al renunciar a las constataciones empíricas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tolerado dicho proceder y en el pasado ha favorecido sistemáticamente los intereses del legislador europeo²¹. Todos estos elementos constituyen un poderoso propulsor para una armonización mucho más extensa del Derecho penal.

El artículo 83.2 TFUE proporciona la mejor alternativa para una armonización del Derecho penal que va mucho más allá de los ámbitos delictivos ya mencionados. Allí se encuentra regulada la denominada competencia accesorio, la cual permite medidas armonizadoras en todos los ámbitos en los que el Derecho penal demostraría ser un instrumento indispensable para la ejecución de las políticas de la Unión Europea²². En teoría, con base en dicha norma, todas las normas de comportamiento que la Unión Europea haya decretado en el pasado o que vaya a decretar en el futuro pueden ser complementadas con una consecuencia jurídica de naturaleza penal²³. La competencia accesorio es considerada –en sentido positivo– como un “importante elemento del Derecho penal europeo”²⁴ o –en sentido negativo– como un paso hacia la “armonización total”²⁵ del Derecho penal. Las instituciones europeas la consideran un instrumento bastante eficiente para la ejecución de las políticas europeas²⁶. El grado de eficiencia de la competencia accesorio puede ser demostrado a través del siguiente ejemplo: los particulares, a la hora de elegir la otra parte contratante, se siguen dejando llevar por algunas consideraciones que no son compatibles con la política antidiscriminatoria de la UE. Puesto que las consecuencias jurídicas de naturaleza civil hasta el momento

Dr. HANS-DIETER SCHWIND zum 70. Geburtstag, 2006, p. 123 (p. 132); SCHÜNEMANN, GA 2004, p. 183 (pp. 195 y ss.). Eser, en: BKA (ed.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, 1992, p. 21 (pp. 25 y s.) y SATZGER, NK 2007, 93 (97) hablan de una „criminalización de banda ancha“.

20 Véase solamente ROSENAU, ZIS 2008, p. 9 (p. 17); SATZGER, KritV 2008, p. 17 (pp. 34 y s.).

21 Así *Folz*, ZIS 2009, p. 427 (p. 428).

22 Al respecto, ambos (nota 13), § 11 nm. 30; BÖSE, GA 2006, p. 211; EISELE, JZ 2008, p. 248; HECKER (nota 13), § 3 nm. 50; HEGER, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, p. 133; KUBICIEL, NStZ 2007, p. 136; SATZGER (nota 13), § 19 nm. 38 y ss.; SCHRÖDER, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, pp. 135, 141, 183.

23 Cfr. los ejemplos dados por TIEDEMANN, en MÜLLER-DIETZ et al. (eds.), Festschrift für Heike Jung, 2007, p. 987 (p. 1001); WEIGEND (nota 7), p. 248; ZIESCHANG (nota 15), pp. 1312 y s.

24 SIEBER, ZStW 121 (2009), p. 1 (p. 48).

25 HEFENDEHL, ZIS 2006, p. 161 (p. 166).

26 Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusiones de 26.5.2005 – C-176/03 de 26.5.2005, nm. 84 (“competencia instrumental al servicio de la efectividad del derecho comunitario”); *Consejo de la Unión Europea* (nota 8), p. 29 (armonización del Derecho penal como medio para la ejecución de la política europea).

han sido poco efectivas, la UE podría, sobre la base del artículo 83.2 TFUE, ordenarles a los Estados miembros la creación de tipos penales que castiguen las discriminaciones en el ámbito del Derecho privado con una pena pecuniaria o, incluso, con una pena privativa de la libertad. Sin embargo, con un tipo penal de esa naturaleza el legislador no estaría apelando a la capacidad de convicción de la norma de comportamiento, sino simplemente al efecto coercitivo de la consecuencia jurídica²⁷.

Con lo anterior hemos llegado a las preguntas más relevantes: ¿Es legítimo imponerle a una sociedad normas de comportamiento con la ayuda del Derecho penal? ¿Es suficiente para su legitimación que el legislador europeo se pueda remitir a las normas sobre competencia o debe guiarse por criterios normativos adicionales a la hora de ejercer sus competencias? Dicho brevemente: ¿Es una directiva europea para la armonización del Derecho penal solo un medio (autorizado) de la política o debería ser también Derecho (idealizado)?

III. DERECHO PENAL EUROPEO COMO DERECHO: CRITERIOS DE UNA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA

Los tratados europeos responden de manera clara dichas preguntas. Según el artículo 67 TFUE, el Derecho penal sirve para la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”. El Derecho penal no debe ser un mero instrumento para la consecución de cualquier objetivo político, sino que debe crear un equilibrio entre los “principios fundamentales” libertad y seguridad.

Si la ciencia del Derecho penal quiere tomar en serio los tratados europeos, debe desarrollar criterios jurídicos que estructuren el arbitrio legislativo al momento de ponderar libertad y seguridad. Sin tales criterios sufre no solo la calidad de la legislación, sino que también el análisis crítico de la misma se queda estancado en el ámbito “pre-científico” de las políticas jurídicas. La calidad de la legislación y la “cientificación”²⁸ de la discusión político criminal dependen de que la ciencia penal se disponga a buscar los principios que deben guiar la actividad legislativa europea. Dicha búsqueda debe empezar en el Derecho europeo²⁹; sin embargo, y como se mostrará a continuación, ella no puede terminar allí.

27 Al respecto en relación con la internacionalización del derecho penal véase KUBICIEL, ZStW 120 (2008), p. 429 (pp. 436 y ss.).

28 Al respecto JESTAEDT, Das mag in der Theorie richtig sein..., Vom Nutzen einer Rechtstheorie für die Rechtspolitik, 2006, pp. 86 y s.

29 Así SATZGER, ZIS 2010, p. 691 (p. 693); Pastor Muñoz, GA 2010, p. 84 (p. 94).

1. Principio de subsidiariedad

La búsqueda de principios limitadores condujo en el pasado a la ciencia penal al principio de subsidiariedad. De conformidad con ello, la UE solo puede intervenir en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (artículo 5.3 TUE). El hecho de que la ciencia penal haya recurrido precisamente al principio de subsidiariedad para oponerse a una armonización del Derecho penal podría radicar en que ella se enfocó en el problema de las competencias de la Unión Europea. Los actos jurídicos europeos aparecen, desde esta perspectiva, como una reducción de la soberanía estatal³⁰ o como una intromisión en la “identidad nacional”³¹. Sin embargo, con ello se pasa por alto que la protección de los ordenamientos jurídico-penales nacionales sirve no solo para garantizar la soberanía estatal o la cultura jurídica nacional; ante todo, lo que se protege es la libertad de los ciudadanos³². Las normas jurídico-penales no son simplemente limitaciones de la libertad, sino ante todo las condiciones que posibilitan el ejercicio de la misma³³, puesto que garantizan las reglas del tráfico social y delimitan de esa manera las esferas de libertad³⁴. Las modificaciones de los ordenamientos jurídico-penales nacionales llevan siempre a que los destinatarios de dichas normas tengan que adaptar su comportamiento a ellas. Por tal motivo, la armonización del Derecho penal afecta no solo la relación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, sino sobre todo la relación entre la Unión Europea y sus ciudadanos. Por lo tanto, el principio de subsidiariedad no protege un orden jurídico abstracto, sino la libertad del ciudadano³⁵.

La valoración deficiente de esa dimensión del principio de subsidiariedad consistente en la protección de la libertad individual puede haber sido la causante de que en el pasado se haya observado muy poco dicho principio³⁶. Sin embargo, esta praxis podría cambiar con la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania (TC) sobre el Tratado de Lisboa³⁷. En dicha decisión, el TC dejó claro –en relación con la competencia accesorio consagrada en el artículo 83.2 TFUE (y de manera correspondiente respecto de la

30 Cfr. GÄRDITZ, *Der Staat* 49 (2010), p. 331 (pp. 364 y s.).

31 Véase *European Criminal Policy Initiative* ZIS 2009, p. 697 (p. 699); de manera similar PASTOR MUÑOZ, GA 2010, p. 84 (pp. 97 y s.).

32 Más detallado, KUBICIEL, GA 2010, p. 99 (pp. 110 y s.); LEGE, ARSP 93 (2007), p. 31 (pp. 34 y ss.).

33 HILGENDORF, en ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht* BT, 2. Ed., Bielefeld 2009, p. 5.

34 Sobre la garantía de la seguridad de orientación por parte del Derecho penal SEELMANN, en ZACZYK et al. (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, 1998, p. 481 (p. 489 y ss.).

35 Con más detalle KUBICIEL, NStZ 2007, p. 136 (pp. 138 y ss.). Véase además HECKER (nota 13) p. 289. Al respecto, de manera general, SCHAMBECK, *Politische und rechtliche Entwicklungstendenzen der europäischen Integration*, 2000, pp. 31 y s.

36 Cfr. al respecto T. WALTER, ZStW 117 (2005), p. 912 (pp. 922 y s.).

37 BVerfG 123, 267. Al respecto *Ambos*/RACKOW, ZIS 2009, p. 397; BRAUM, ZIS 2009, p. 418; BÖSE, ZIS 2010, p. 76; HÄBERLE, JöR 58 (2010), p. 317; HEGER, ZIS 2009, p. 406; MEYER, NStZ 2009, p. 657; KUBICIEL, GA 2010, p. 99; SCHÜNEMANN, ZIS 2009, p. 393; ZÖLLER, ZIS 2009, p. 339 (pp. 343 y s.).

armonización regulada en el artículo 83.1 TFUE)—, que ese precepto solo sería aplicado conforme a la Constitución cuando estuviese establecido que existe realmente un grave déficit en la ejecución que solo podría ser eliminado por medio de la conminación penal³⁸. Por lo menos el miembro alemán del Consejo tendrá que prestarle atención a dicha exigencia. De igual forma, las instituciones europeas deberían estar interesadas, teniendo en cuenta el difícil camino hasta el Tratado de Lisboa, en evitar conflictos con los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros. La reciente decisión del TC en el caso Mangold no reduce sustancialmente ese potencial de conflicto. Es cierto que el TC limita un control ultra-vires a un “desplazamiento estructuralmente significativo” del sistema de competencias en detrimento de los Estados miembros³⁹; no obstante, los desplazamientos de competencias son estructuralmente significativos precisamente en aquellos ámbitos que —como el Derecho penal— son de gran importancia para la relación entre el Estado y los ciudadanos. En caso de que las instituciones europeas deseen evitar un conflicto con el TC, es aconsejable que recurran aun más a la colaboración de las ciencias penales durante el proceso legislativo: la criminología puede ayudar a demostrar un déficit de ejecución, el Derecho comparado puede buscar vacíos de punibilidad en los ordenamientos jurídicos nacionales y la dogmática penal puede apoyar la elaboración de las propuestas de reglamentación. Al formular propuestas de reglamentación, es necesario observar sobre todo el principio de proporcionalidad, que será analizado a continuación.

2. Principio de proporcionalidad

Los objetivos libertad y seguridad no justifican la utilización de cualquier medio. Según el artículo 5.4 TUE, las iniciativas político-criminales de la UE no “excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”. No obstante, el principio de proporcionalidad no predetermina un resultado específico, sino que más bien establece la obligación de buscar un equilibrio entre los derechos en colisión⁴⁰. En caso de que dicho equilibrio solo se pudiese alcanzar a través de un acto (político) discrecional que no estuviese sujeto a otras reglas, apenas se podría decir de la política criminal que debe ser proporcional; dicha decisión no estaría sujeta a un control por parte de la ciencia jurídica⁴¹. Sin embargo, una concepción de la actividad legislativa de esa naturaleza no corresponde a la autoimagen de la UE, la cual somete sus actos legislativos a una Carta de Derechos Fundamentales, como tampoco a la identidad de la ciencia jurídica,

38 BVerfG (nota 37), nm. 361 y s. También en este sentido, WEIGEND (nota 7), p. 254.

39 BVerfG, EuGRZ 2010, 497, allí nm. 67.

40 CALLIES, en CALLIES/RUFFERT (eds.), EUV/EGV, 3. Ed., 2007, Art. 5 nm. 53 y ss.; SATZGER, NK 2007, 93 (96).

41 Así Kelsen, en Jestaedt (ed.), *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 2008 (Studienausgabe de la 1. Ed. 1934), pp. 15, 62, 86 y ss.

la cual se ha ocupado desde siempre de analizar dichos actos⁴². Por lo tanto, la ciencia jurídica puede examinar las iniciativas político-criminales de Bruselas, pero también tiene que indicar criterios más exactos que sirvan como base para la realización del test de proporcionalidad.

a) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

¿Dónde se podrían encontrar dichos criterios? De acuerdo con una premisa bastante extendida del positivismo jurídico, se deberían buscar dichos criterios en la norma de mayor rango: la Constitución. Mientras que en Alemania la Ley Fundamental representa el punto de referencia de la legislación, en el resto de Europa debe ser la Carta de los derechos fundamentales el criterio que oriente la actividad criminalizadora⁴³. De la Constitución y de la Carta se pueden deducir derechos subjetivos y valores objetivos que también podrían dotar de contenido material al vago concepto de bien jurídico⁴⁴. Sin embargo, de una Constitución no se puede deducir de qué manera tiene que ser resuelta una colisión de derechos, valores, intereses o bienes jurídicos. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, no es posible afirmar que un contenido específico de una ley es constitucionalmente ineludible⁴⁵. Así pues, la ciencia penal europea se enfrenta al problema de que debe recurrir necesariamente a un plano de fundamentación anterior al Derecho positivo, si quiere aplicar en el ámbito de la política criminal europea criterios materiales más concretos⁴⁶.

b) *Teoría de la pena*

Para el potencial crítico de la ciencia penal europea, es decisiva la existencia de un plano de fundamentación anterior al Derecho positivo. ¿Pero dónde se podría encontrar dicho plano? Aquellas construcciones que –como la teoría del bien jurídico, el *harm principle* o la *défense sociale*– son discutidas principalmente al interior de determinados ordenamientos jurídicos nacionales, no alcanzan a constituir un plano de fundamentación común⁴⁷. Un escalón más arriba se ubica la discusión en torno a las finalidades de la

42 Sobre la crítica a la legislación desde la perspectiva de la ciencia jurídica BRAUN, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2007, pp. 371 y ss.

43 Cfr. al respecto, ESER, en MEYER (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Ed., 2007, Art. 49 nm. 37; T. WALTER, ZStW 117 (2005), p. 912 (pp. 921 y s.); WEIGEND, ZStW 116 (2004), p. 275 (p. 278).

44 Sobre la importancia del concepto de bien jurídico para el derecho penal europeo HEFENDEHL, ZIS 2006, p. 161.

45 Detalladamente RÖHL/RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 2008, p. 64. Con un ejemplo KUBICIEL, JZ 2009, p. 600 (pp. 603 y s.). Sobre el trasfondo teórico-jurídico Kelsen (nota 41), p. 101.

46 JESTAEDT, Perspektiven einer Rechtswissenschaftstheorie, en: JESTAEDT/LEPSIUS (eds.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, pp. 185, 187. Sobre la necesidad de una „dogmática de los dogmáticos“ HASSEMER, en: ENGEL/SCHÖN (eds.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, p. 185 (p. 187).

47 Así en relación con el concepto de bien jurídico alemán y el harm principle inglés SATZGER NK 2007, 93 (96).

pena que se ha venido desarrollando en Europa desde el siglo XVII y que en la actualidad sigue vigente⁴⁸. Si se dejan de lado algunas particularidades nacionales, como las filosofías del Derecho penal de origen kantiano o hegeliano, se podría alcanzar un consenso sobre las teorías de la pena que se discuten en el ámbito europeo. En términos generales, se trata de las teorías preventivas y retributivas, mediante las cuales se han analizado desde el siglo XVII tanto los requisitos como los límites de la legitimación del Derecho penal⁴⁹. La ciencia penal tiene la tarea de trasladar esos razonamientos al presente⁵⁰ y de volverlos útiles para resolver los problemas que plantea la europeización del Derecho penal⁵¹. Ellos podrían prepararle a la ciencia penal europea aquella base común que la teoría del Derecho privado europeo encuentra en el Derecho romano⁵².

La falta de una teoría del Derecho penal europeo⁵³ no radica entonces en la naturaleza de la materia, sino más bien en la propia ciencia del Derecho penal. En el pasado ella se concentró (con razón) en la problemática de las competencias y discutió (de forma poco fructífera) sobre el déficit democrático⁵⁴, esto es, se ocupó de cuestiones de la ciencia del Derecho europeo y de la teoría del Derecho público, pero descuidó su actividad principal: la teoría (del Derecho) penal.

Finalmente, se intentará aclarar mediante dos ejemplos de qué manera puede colaborar la teoría de la pena a la racionalización de la política criminal. De acuerdo con la teoría de la prevención general negativa –que también brilla en el marco de la política criminal europea– el Derecho penal sirve para la protección de determinados intereses por medio de la intimidación. Sin embargo, cuando se fundamenta la utilización del Derecho penal de esa manera aparecen dos problemas que son conocidos desde hace muchísimo tiempo. El problema fáctico consiste en que muchos de los destinatarios de la norma no tienen un conocimiento exacto de los tipos penales y por esta razón no

48 Véase también *Frisch*, GA 2007, pp. 271 y ss.

49 Un panorama general ofrece VORMBAUM (ed.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, 1998, passim.

50 Al respecto MÜNKLER/LLANQUE, en MÜNKLER/LLANQUE (eds.), *Politische Theorie und Ideengeschichte*, 2007, pp. 8 y s.

51 GÄRDITZ, *Der Staat* 49 (2010), pp. 331, 366; véase también Böse, *ZfS* 2010, p. 76 (p. 91).

52 Al respecto LÖHNIG, en: ROTH (ed.), *Die Europäisierung des Rechts*, 2010, p. 142; R. ZIMMERMANN, *The Law Quarterly Review* 112 (1996), p. 576. El gran aporte de la teoría y la filosofía del Derecho penal para la racionalización del Derecho penal alemán es subrayado por KESPER-BIERMANN, *Einheit und Recht – Strafgeseztgebung und Kriminalrechtsexperten in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871*, 2009, pp. 50 y ss.

53 CORSTEN/PRADEL, *European Criminal Law*, 2002, pp. 2 y s.; PASTOR MUÑOZ, GA 2010, p. 84 (p. 93); SATZGER (nota 13), § 8 nm. 9. La falta de interés por las cuestiones teórico-penales en el marco de la europeización del Derecho penal es criticada por AVRIGÉANU, *Ambivalenz und Einheit*, 2006, p. 186 y ss. Al respecto, KUBICIEL, *HRRS* 2007, p. 471.

54 De manera amplia e instructiva sobre la legitimación democrática, MEYER, *Demokratieprinzip und europäisches Strafrecht*, 2009, passim; al respecto, HEGER *JZ* 2010, p. 87.

son o no pueden ser orientados por dichas normas⁵⁵; existen también muchos grupos de autores que conocen la conminación penal, pero que no se dejan intimidar por ella⁵⁶. Además, en una sociedad basada en el principio de libertad no se pueden implementar, aunque solo sea de forma aproximada, todos los sistemas de control que serían necesarios para que en cierta medida funcionara la intimidación de ciudadanos que solo se guían por sus propios intereses⁵⁷. El problema normativo consiste en que el autor debe tolerar la pena para que a través de esa especie de advertencia se demuestre la eficacia de la sanción penal⁵⁸. Estos argumentos se oponen entonces a la utilización del concepto de la intimidación como teoría base de la política criminal europea, como parece que ha sucedido hasta ahora. No obstante, la prevención intimidatoria podría ser viable en aquellos ámbitos del Derecho penal (secundario) en los que se imponen a determinados grupos de personas ciertos deberes especiales relacionados con el desarrollo de su actividad profesional⁵⁹. Algunos ejemplos son las normas que regulan la producción de alimentos o la prestación de servicios financieros y las que se refieren a la corrupción de los servidores públicos, marcadas todas por su carácter “técnico”. A dichas personas se les pueden imponer deberes más extensos porque ellos representan una especie de contraprestación por el ejercicio de libertades especiales. Además, se puede esperar de dichas personas que se orienten por las normas legales en los casos límite y que recurran a una asesoría jurídica en los eventos en que tengan dudas. En esos ámbitos, la armonización del Derecho penal no presenta problemas desde el punto de vista del concepto de libertad y también es prometedora (en lo que se refiere a los efectos fácticos de dichas modificaciones legales).

Esto es diferente en muchos ámbitos del Derecho penal nuclear. Ellos no pueden ser representados de manera coherente como un orden “regular-funcionalista” al estilo del “tráfico ferroviario que funciona de acuerdo con el itinerario previsto”⁶⁰. Por el contrario, reflejan valores específicos de las diferentes sociedades. Así pues, el Código Penal alemán no es solo un texto normativo que nos dice qué debemos hacer, sino también un

55 Cfr. los comentarios de MITTERMEIER de la teoría de la pena de FEUERBACH, en FEUERBACH/MITTERMEIER, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Ed., 1847, § 20a; recientemente, TOWFIGH, *Der Staat* 48 (2009), pp. 29 y ss.

56 JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Ed., 1993, 1/29.

57 FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Ed., 2009, Capítulo 2 nm. 11; KUBICIEL, *ZStW* 120 (2008), p. 429 (pp. 436 y ss.).

58 KINDHAUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Ed., 2010, § 2 nm. 13; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 25 y ss. Véase también FEUERBACH, *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechens*, 1800, p. 105, quien, sin embargo, rebasa la lógica de la prevención intimidatoria y fundamenta la pena de manera retributiva; al respecto, véase JAKOBS (nota 54), 1/27.

59 GÄRDITZ, *Der Staat* 49 (2010), p. 331 (pp. 354, 356).

60 De manera acertada, SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3. Ed., 2006, pp. 16 y s. Sobre la neutralidad política de esta parte de la monografía y sobre la crítica justificada a otras partes cfr. MEHRING, *Carl Schmitt zur Einführung*, 3. Ed., 2006, pp. 63 y ss.

texto formativo que nos dice quiénes somos⁶¹. El carácter formativo del Código Penal alemán se observa especialmente en prohibiciones tales como la de instigar al pueblo o la de utilizar símbolos de organizaciones contrarias a la Constitución. Pero también muchos otros tipos penales no son comprensibles sin una específica conceptualización previa. Por ejemplo, la prohibición penal del maltrato animal solo es plausible dentro de una sociedad que considere a los animales como una especie de *hermanos lejanos* y les manifieste una “solidaridad entre criaturas”⁶². La regulación del aborto y de la eutanasia también tiene en cuenta las convicciones valorativas de una sociedad⁶³. Algo similar sucede en relación con algunos aspectos de la estafa en los cuales se ha plasmado el modelo de consumidor de un orden económico nacional. Sancionar penalmente en esos ámbitos significa –conforme a la naturaleza de la pena– restablecer un estado jurídico que ya existía⁶⁴. Por consiguiente, el carácter formativo de estos ámbitos del Derecho penal y la teoría de la pena que corresponde a dicho carácter limitan la armonización del Derecho penal también en aquellos casos en los que la UE puede hacer valer formalmente su facultad legislativa⁶⁵. Así pues, una reacción uniforme en contra de las injurias o de los discursos cargados de odio difundidos a través de internet se vería confrontada con valoraciones diferentes de la libertad de expresión⁶⁶ y los tipos penales contra la contaminación ambiental tendrían que tener en cuenta que las sociedades europeas no poseen una conciencia ambiental homogénea.

Pretender la armonización del Derecho penal en esos supuestos significa querer utilizar el Derecho como una “palanca cultural”⁶⁷. Una utilización del Derecho penal de esa naturaleza puede conducir no solo a la pérdida de libertades descrita antes. También cabría preguntarse si en realidad el Derecho penal puede garantizar aquello que se espera de él. El poeta y europeísta inglés T.S. ELIOT habría tenido dudas. En el año 1946 le comunicó a sus radioescuchas alemanes que no se puede construir una cultura europea, así como tampoco se puede construir un árbol: “un árbol no se puede construir, solamente se puede plantarlo, cuidarlo y esperar hasta que madure”⁶⁸. Trasladado al

61 Sobre esa distinción, ASSMANN, *Das kulturelle Gedächtnis*, 6. Ed., 2007, p. 142. Asimismo en relación con la europeización del Derecho de sucesiones, KROPFENBERG, en: ROTH (nota 52), p. 103 (p. 104).

62 Véase la expresión de ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3. Ed., 1996, § 2 nm. 21, la cual es ridiculizada injustamente con frecuencia.

63 Cfr. SIEBER, *JZ* 1997, p. 369 (p. 375); HEGER, *ZIS* 2009, p. 406 (pp. 414 y s.).

64 De manera detallada, KUBICIEL, *GA* 2010, p. 99 (pp. 109 y ss.).

65 Por lo tanto, a las teorías retributivas no les es imposible “decir qué debe hacer un buen Derecho penal y qué no”. Así, sin embargo, HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, 2009, p. 93. De manera similar, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 1 (p. 15).

66 Al respect, KUBICIEL/WINTER, *ZStW* 113 (2001), p. 305 (pp. 325 y ss.).

67 Acertadamente, pero de forma afirmativa v. LISZT, *ZStW* 38 (1917), p. 1 (p. 3).

68 T.S. ELIOT, *Die Einheit der europäischen Kultur*, Berlin 1946, p. 39; sobre los aportes de ELIOT en los ámbitos de la cultura y política europea de manera instructiva, KEMP, *Foreign Affairs*, 2010, pp. 153 y ss., 349 y ss.

Derecho penal europeo se podría decir lo siguiente: con su ayuda no podremos forzar un sentimiento de justicia europeo uniforme y tampoco deberíamos intentarlo⁶⁹. Un Derecho penal armonizado en gran medida no puede estar al comienzo de una integración política, sino más bien al final de la misma⁷⁰. Por eso solo podemos construir con mucha precaución en el edificio del Derecho penal y por lo demás deberíamos esforzarnos por el cuidado de la cultura europea.

69 Sobre “el cansancio de Europa por parte de los ciudadanos de la UE”, ZÖLLER, *ZIS* 2009, p. 340 (p. 349).

70 Más allá va la objeción según la cual a la Unión Europea le faltaría para la creación de un Código Penal la calidad de Estado, LÜDERSEN, *GA* 2003, p. 71 (p. 74); PRITTWITZ, *ZStW* 113 (2001), p. 774 (pp. 789 y s.), ROSENAU, *ZIS* 2008, p. 9 (p. 19). Por el contrario, la armonización no requiere de unidad política en el sentido de un Estado, sino más bien de una identidad cultural. Sobre esta distinción, que también fue relevante al momento de la formación de Alemania como Estado, véase MÜNKLER, *Die Deutschen und ihre Mythen*, 2009, pp. 342 y s.